

[REDACTED]

Dña. ALBA M^ª TABOADA GARCÍA, Secretaria de la Comisión Rectora del FROB, entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia, de conformidad con el artículo 52.2 de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión ("Ley 11/2015"), por la presente

CERTIFICA

Que en la reunión de la Comisión Rectora del FROB celebrada en el día 18 de diciembre de 2018, debidamente constituida, se adoptó por unanimidad el siguiente acuerdo:

"ANTECEDENTES DE HECHO

Único.- Con fecha 19 de octubre de 2018 ha tenido entrada en el registro del FROB un escrito presentado por [REDACTED] ("el solicitante") mediante el que, al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, la "Ley 19/2013" o "LTAIBG"), solicita determinada información acerca del proceso de resolución llevado a cabo en Banco Popular Español, S.A.

En concreto, la información que se solicita es la siguiente:

- 1) "Registro de entrada (hora y fecha) de la carta del BBVA donde expresa no estar en condiciones de presentar una oferta en los términos establecidos pero que sí estaría dispuesto en participar en una oferta si dispusiera de la información suficiente; y*
- 2) Registro de entrada (fecha y hora) de la oferta realizada por el Banco Santander en sobre cerrado."*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - Alcance de la actuación del FROB en el proceso de resolución de Banco Popular.

Con carácter previo al análisis concreto de la solicitud de acceso presentada, procede exponer el contexto jurídico en el que se han de emitir los documentos sobre los que se ha solicitado aquel.

El proceso de resolución del Banco Popular debe situarse en el contexto del Mecanismo Único de Resolución europeo, dada la pertenencia de España a la Unión Bancaria, entendida como la integración y creación de un auténtico mercado bancario en el seno de la Zona Euro sometido a idénticas reglas y supervisado por las mismas autoridades. Este impulso integrador, se ha extendido tanto al área de supervisión prudencial como al ámbito de la resolución de entidades financieras. Así,

del mismo modo que en el ámbito supervisor se constituyó el Mecanismo Único de Supervisión, que abarca todas las entidades de crédito de la zona del euro, bajo el auspicio del Banco Central Europeo, en el campo de la resolución de entidades, la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (en adelante, la “Directiva 2014/59/UE”), armoniza plenamente las reglas en esta materia, abre la vía a la constitución de un Mecanismo Único de Resolución europeo que, para los Estados miembros de la Zona del Euro, conformará la autoridad única sobre la materia con la consiguiente traslación de la competencia.

En consecuencia, de acuerdo con la normativa Europea, se puede distinguir entre entidades significativas y menos significativas. Para estas últimas, resultará de aplicación íntegramente la Ley 11/2015, que establece todas las competencias y potestades que ejerce el FROB, como autoridad de resolución ejecutiva, en toda su extensión. Sin embargo, para aquellas entidades que entren dentro del ámbito subjetivo de aplicación del Reglamento (UE) nº. 806/2014, de 15 de julio, se encomienda a la Junta Única de Resolución, conjuntamente con el Consejo y la Comisión y las autoridades nacionales de resolución la aplicación de las normas y del procedimiento uniforme que, en el marco del Mecanismo Único de Resolución (MUR), se regulan en el mismo Reglamento (UE) nº. 806/2014, 15 de julio de 2014 de acuerdo con el reparto de funciones que la misma norma establece.

El reparto competencial entre unos y otros viene explicitado en el art. 7 del Reglamento (UE) núm. 806/2014, y su acoplamiento al ordenamiento jurídico nacional se regula en la Disposición adicional cuarta de la Ley 11/2015, que en su primer apartado prevé que “esta Ley se aplicará de manera compatible con lo dispuesto en el Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, a medida que dichos preceptos entren en vigor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99 del Reglamento; en particular, en lo referido a las funciones de las autoridades europeas en el marco del Mecanismo Único de Resolución, y al deber de colaboración de las autoridades nacionales con las autoridades europeas para la correcta ejecución en España de las decisiones que las autoridades europeas adopten en el ejercicio de sus competencias”.

En este contexto, el punto de partida en cuanto al régimen de resolución aplicable al Banco Popular Español, S.A. (en adelante, “Banco Popular”) se sitúa en su consideración de entidad significativa, de acuerdo con el art. 6 (4) del Reglamento (UE) nº 1024/2013, del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito. Ello se traduce en que la JUR es la autoridad responsable de la adopción de todas las decisiones relacionadas con su resolución, entendida ésta como el proceso administrativo por el que se gestiona la inviabilidad de aquellas entidades de crédito que no pueda acometerse mediante su liquidación concursal por razones de interés público y estabilidad financiera.

Por su parte, el FROB, dentro de este ámbito de actuación de la JUR, como autoridad de resolución ejecutiva según el art. 2.1.d) de la Ley 11/2015 y en los términos de los arts. 18.9 y 29 del Reglamento (UE) nº. 806/2014, de 15 de julio, tiene atribuida la función de implementación o ejecución del dispositivo de resolución, esto es, de la Decisión de la JUR adoptada en relación con la resolución de una entidad. Así, es la JUR la que decide, en los términos establecidos por la normativa

comunitaria, si una entidad debe ser declarada en situación de resolución y, en su caso, determina las concretas medidas e instrumentos que deben ser aplicados a la entidad afectada, impartiendo las correspondientes instrucciones a la autoridad nacional de resolución, en este caso, al FROB.

En conclusión, en los procesos de resolución de las entidades sujetas al marco comunitario, corresponde a la JUR adoptar la decisión si bien, la ejecución material de la misma exige de un acto de implementación por parte del FROB que será inmediatamente ejecutivo, como fue la Resolución de su Comisión Rectora de 7 de junio de 2017.

Segundo.– Sobre la solicitud de acceso formulada relativa al proceso de resolución de Banco Popular Español S.A.

El artículo 13 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“Ley 39/2015”) reconoce, entre los derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas, el derecho a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (“Ley 19/2013”) y el resto del ordenamiento jurídico.

A tales efectos, el artículo 12 de la Ley 19/2013 establece que todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española desarrollados por dicha Ley. De acuerdo con lo establecido en su artículo 13, se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del Título I de la Ley 19/2013 y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

El FROB se encuentra incluido dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 19/2013 en virtud de su artículo 2.1.c)¹. En lo que respecta al ámbito objetivo de la Ley, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha establecido² que la Ley define el objeto de una solicitud de acceso a la información en relación a información que ya existe, por cuanto está en posesión del Organismo que recibe la solicitud, bien porque él mismo la ha elaborado o bien porque la ha obtenido en ejercicio de las funciones y competencias que tiene encomendadas.

En base a la normativa expuesta procede analizar si la información objeto de solicitud constituye el supuesto de información pública previsto en el artículo 13 de la Ley 19/2013 y, por tanto, si la tramitación de la misma debe realizarse conforme al procedimiento establecido en dicha Ley.

La información sobre la que se solicita el acceso constituye información obrante a disposición de este Organismo que, o bien fue elaborada en su representación, o bien fue adquirida en el ejercicio de sus funciones, cumpliendo por tanto la consideración de información pública y resultándole de aplicación las previsiones contenidas en la Ley 19/2013.

Se trata además de información que, si bien ha sido remitida a la Audiencia Nacional en el marco de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la Resolución de la Comisión Rectora del

¹ El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno así lo ha reconocido expresamente en su Resolución R/147/2017, de 26 de junio de 2017.

² Por todas, la Resolución R/0259/2017, de 30 de agosto de 2017.

FROB de 7 de junio de 2017, no ha sido puesta a disposición en el marco de las solicitudes de acceso a información relativas a la resolución de Banco Popular tramitadas hasta la fecha conforme a la Ley 19/2013.

De forma paralela, la información solicitada tampoco se encuentra entre la información que la JUR ha publicado en su página web (Sección: Resolución: Resolution Cases: Banco Popular) relativa a la resolución de Banco Popular.

Sentado lo anterior procede poner de manifiesto los numerosos procedimientos judiciales que ha originado la resolución de Banco Popular y que tienen como finalidad dilucidar la legalidad de las decisiones adoptadas tanto por las autoridades europeas como por las españolas.

Tal y como se puso de manifiesto en el fundamento de Derecho Primero de la presente Resolución, la resolución de una entidad significativa como es Banco Popular con la consiguiente confluencia de competencias entre autoridades europeas y nacionales determina la necesaria cooperación no sólo entre las autoridades encargadas de la ejecución de un proceso de resolución sino también entre las autoridades judiciales competentes de confirmar su legalidad. Dicha confluencia requiere un nuevo prisma y determina que las autoridades judiciales respeten las competencias que respectivamente les han sido atribuidas en el marco de la máxima cooperación y respeto.

La conexión existente entre la legalidad de la Resolución adoptada por la Comisión Rectora del FROB y la Decisión adoptada por la JUR se ha hecho evidente y ha determinado que la Sección 5 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional haya acordado suspender la tramitación de los recursos interpuestos³ hasta que recaiga resolución definitiva en los recursos de anulación formulados contra la decisión de la JUR que penden en el Tribunal General de la Unión Europea. Esto es, la Sala, una vez oídas las partes, ha acordado suspender el curso de las actuaciones hasta la finalización de los procesos pendientes en el Tribunal General de la Unión Europea⁴ en los que se ventila la conformidad a Derecho de la Decisión de la Junta Única de Resolución de la que trae causa la Resolución del FROB impugnada. La suspensión se ha producido antes de que a los recurrentes se les haya hecho entrega del expediente administrativo relativo a la resolución de Banco Popular remitido por el FROB a la Audiencia Nacional, de conformidad con el artículo 48.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

La Sala, en su decisión, reconoce que la Resolución del FROB no sólo trae causa sino que tiene como presupuesto necesario y determinante la decisión de la JUR que consta que ha sido impugnada en una pluralidad de recursos ante el Tribunal General de la Unión Europea, por lo que las sentencias que, en su momento se dicten con respecto a la Decisión de la JUR, tendrán una trascendencia directa e inmediata en los procesos contencioso-administrativos, condicionando la impugnación, los términos del debate y el pronunciamiento que se emita en los mismos.

En atención a lo expuesto se hace evidente que la entrega por parte de este Organismo de la información sobre la que se solicita el acceso, no obstante su carácter no confidencial y su ya puesta

³ Según le consta a este organismo se están tramitando más de 260 recursos contencioso-administrativos ante la Audiencia Nacional contra la Resolución de la Comisión Rectora del FROB de 7 de junio de 2017.

⁴ De conformidad con la información obrante en la página web del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en junio del 2018 ya se estaban tramitando a 149 asuntos ante dicho Tribunal.

a disposición de la Audiencia Nacional, (pero no facilitada hasta la fecha en el marco de otras solicitudes de acceso al amparo de la Ley 19/2013), implicaría una desigualdad entre aquellas personas físicas o jurídicas que ejerzan su derecho de acceso al amparo de la Ley 19/2013 respecto de aquellas que no lo ejerzan y que tengan la condición de interesado en los procedimientos contencioso-administrativo, vulnerando con dicho acceso, la igualdad de partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, límite al derecho de acceso previsto en el apartado f) del artículo 14.1 de la Ley 19/2013.

En relación con la posible concurrencia de dicho límite procede recordar que se ha de cumplir con la aplicación restrictiva de los límites al ejercicio del derecho de acceso, tal y como establecen tanto el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno⁵ como los Tribunales de Justicia⁶, lo que determina que su aplicación, en todo caso, no opera automáticamente sino que debe estar ligada a la protección concreta de un interés racional y legítimo.

Así, para determinar la procedencia de su aplicación resulta necesario realizar el test del daño y analizar si la petición de información supone un perjuicio concreto, definido y evaluable y no ser relevante para un determinado ámbito material porque, de lo contrario, se estaría excluyendo un bloque completo de información.

Pues bien, el daño que podría causarse se hace evidente en la desigualdad que se generaría entre los recurrentes de la Resolución del FROB que no hubieran podido tener acceso al expediente remitido a la Audiencia Nacional respecto de aquellos que, por la utilización de una vía alternativa, a saber, la Ley 19/2013, sí pudieran acceder al mismo.

Asimismo, resulta ineludible también realizar el test del interés público, siendo necesaria una aplicación justificada y proporcional atendiendo a las circunstancias del caso concreto y siempre que no exista un interés que justifique la publicidad o el acceso. En el presente supuesto, el interés público determina la prevalencia de la no divulgación de los documentos o informaciones con objeto de preservar la igualdad de las partes en los procesos judiciales y, a mayor abundamiento, no en el marco de la relación FROB versus los recurrentes, sino entre estos últimos, compitiendo al FROB salvaguardar y respetar las decisiones judiciales acordadas evitando los efectos que éstas, a su vez, pretenden evitar.

Tal y como ha establecido el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en otras Resoluciones en relación con la aplicación del límite al derecho de acceso de continua referencia, procede tener en cuenta que la información solicitada concierne a procedimientos judiciales que se están desarrollando y que finalizarán en un pronunciamiento judicial y que, sin perjuicio de que se trate de expedientes finalizados, es precisamente la Resolución que puso fin a los citados procedimientos la que es objeto de recurso cuestionándose judicialmente la tramitación de la misma, haciéndose evidente que la información de continua referencia constituye información relevante para la sustentación de los argumentos de las partes en los recursos.

⁵ CI/2/2015.

⁶ Sentencia 60/2016, de 18 de mayo, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº6 de Madrid (PO 57/2015).

En definitiva, en la medida en que los procedimientos y, por tanto, el potencial perjuicio para la igualdad de las partes en los mismos, finalizará con la entrega del expediente administrativo remitido a la Audiencia Nacional en el momento en que ésta determine, parece claro que, hasta entonces, concurre el límite invocado sin poder determinar un interés superior que justifique el acceso solicitado. Pues, de lo contrario, es superior el interés de preservar los citados documentos y esperar a la decisión de la Audiencia Nacional.

En base a todo lo expuesto, la Comisión Rectora del FROB

RESUELVE

DENEGAR la petición de acceso planteada por [REDACTED] de conformidad con los artículos 14.1.f) y 20 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Finalmente, se pone de manifiesto que contra la presente Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 19/2013, con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa, reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a su notificación o directamente recurso contencioso-administrativo ante la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses previsto en el artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa."

Para que así conste y surta los efectos legales oportunos expido la presente certificación en Madrid, a 20 de diciembre de 2018.

ALBA M^a TABOADA GARCÍA

TABOADA
GARCIA
ALBA
MARIA -
Firmado digitalmente por
TABOADA GARCIA
ALBA MARIA -
Fecha: 2018.12.20
11:29:27 +01'00'

SECRETARIA DE LA COMISIÓN RECTORA DEL FROB

ADVERTENCIA DE PRIVACIDAD: los datos de carácter personal que se faciliten serán tratados por el FROB exclusivamente para el desempeño de sus competencias legalmente establecidas o por requerimiento normativo, de acuerdo con su política de privacidad, disponible en www.frob.es. Por tanto, los derechos de acceso, rectificación, supresión, limitación del tratamiento, portabilidad de los datos y oposición pueden ejercitarse ante el FROB, Avenida General Perón, 38, edificio Master's II, planta 16, 28020 Madrid / dpd@frob.es.